

A HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA E O DIREITO DE AÇÃO COMO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Ana Olsen Matos Pereira¹
Marcos Geromini Fagundes²

PEREIRA, A. O. M.; FAGUNDES, M. G. A hermenêutica concretizadora e o direito de ação como garantidor do princípio da proporcionalidade nos atos administrativos. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR.** Umarama. v. 15, n. 2, p. 149-160, jul./dez. 2012.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo examinar o poder do direito de ação como instrumento hábil para garantir a aplicação do princípio da proporcionalidade-razoabilidade em textos normativos de cláusulas abertas junto aos atos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de ação. Hermenêutica jurídica. Princípio da proporcionalidade. Cláusulas abertas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar e estudar o acesso à justiça para buscar invalidar atos administrativos tidos por desarrazoados/desproporcionais na aplicação dos enunciados normativos, sob a ótica dos métodos hermenêuticos modernos de aplicação da lei no caso concreto, tendo em vista a força normativa da Constituição Federal de 1988 e a proteção contra excessos de um poder estatal sobre o outro.

A jurisprudência brasileira moderna vem demonstrando uma ruptura com os critérios clássicos ahermenêuticos. Com esse aprimoramento do modelo interpretativista, o Poder Judiciário tem um papel de extrema relevância na interpretação dos enunciados normativos, uma vez que o juiz, ao valorar o sentido das

¹Bacharel em Direito pela UEMS - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, especialista "Íato sensu" em Direito Constitucional pela rede Anhanguera - Uniderp - LFG, mestranda em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR - Universidade Paranaense, bolsista do Programa Institucional de Treinamento docente e técnico-científico/Unipar. Linha de pesquisa Relações Negociais. annnaolsen@hotmail.com

²Bacharel em Direito pela UEMS- Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, especialista "Íato sensu" em Direito Processual (Grandes Transformações) - Unama-LFG, mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR - Universidade Paranaense, Delegado de Polícia, ex-Procurador Jurídico Municipal, bolsista do Programa Institucional de Treinamento docente e técnico-científico/Unipar. Linha de pesquisa Relações Negociais. Delegado de Polícia. marcosgfgagundes@hotmail.com

cláusulas abertas, tem o dever de aplicar, no caso concreto, a mais justa solução possível dentre as aparentemente existentes.

Tal função não é adstrita somente ao judiciário, mas também a todos os demais órgãos estatais. Contudo, em muitos casos, os órgãos administrativos acabam por falhar, necessitando, assim, que os jurisdicionados busquem o judiciário para uma reinterpretação à luz dos princípios constitucionais.

Nessa nova vertente evolutiva, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido³ que, na prática dos atos administrativos, há de se aplicar, por parte da Administração Pública, o Princípio da Proporcionalidade, e a sua não observância torna o ato administrativo ilegal, e, assim, possibilita a intervenção do Poder Judiciário, a fim de considerá-lo inválido.

Assim sendo, na aplicação dos atos administrativos, a conduta do administrador público deve se pautar dentro dos padrões normais de aceitabilidade e, se atuar disperso a esses, haverá algum vício contaminando todo o comportamento estatal.

³MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REVELIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FORMALMENTE REGULAR. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DEMISSÓRIA À SERVIDORA PÚBLICA COM MAIS DE 30 ANOS DE SERVIÇO, SOB O FUNDAMENTO DE ABANDONO DE CARGO. ART. 132, II DA LEI 8.112/90. INOBSERVÂNCIA DA REGRA DE OURO DA PROPORCIONALIDADE. ANTECEDENTES FUNCIONAIS FAVORÁVEIS. ART. 128 DA LEI 8.112/90. ORDEM CONCEDIDA EM CONFORMIDADE COM O PARECER MINISTERIAL. (...)

5. Embora as sanções administrativas disciplinares aplicáveis ao Servidor Público sejam legalmente fixadas em razão da própria infração - e não entre um mínimo e máximo de pena, como ocorre na seara criminal - não está a Administração isenta da demonstração da proporcionalidade da medida (adequação entre a infração e a sanção), eis que deverá observar os parâmetros do art. 128 da Lei 8.112/90 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes e suportados pelo Serviço Público, circunstâncias agravantes e atenuantes e ainda os antecedentes funcionais).

6. Assim, incide em ilegalidade o ato demissório do Servidor Público que ostenta mais de 30 anos ininterruptos de serviço sem qualquer punição administrativa, dando-se à sua ausência ao trabalho por 42 dias (de 23.7.2007 a 3.9.2007) o valor de abandono de cargo, punível com a demissão (art. 132, II da Lei 8.112/90); as sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária ou automática, senão vinculadas às normas e sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador.

7. No exercício da atividade punitiva a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrárias ou desvinculadas dos valores da cultura.

8. Ordem concedida para reintegrar a Servidora no cargo de Agente Administrativo do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde/GO, com o ressarcimento de todos os seus direitos, inclusive vencimentos e cômputo do tempo de serviço, desde a data da edição do ato demissório (Portaria 776/GM, de 24.4.2008, publicada no DOU 79, de 25.4.2008), sem prejuízo da aplicação de outra sanção administrativa, observado o devido processo legal (Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 13791/ DF (2008/0192543-9) Relator Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25/04/2011).

A doutrina e jurisprudência dominante vêm entendendo que atos desarrazoados e desproporcionais estariam ferindo os princípios da legalidade e da finalidade, uma vez que a liberdade conferida ao administrador público, é a liberdade comportada pela lei e, ao avançar tais limites, seria “considerado”, portanto, como ilegais, o que, por certo, possibilitaria sua invalidação pelo judiciário sem qualquer violação ao princípio da separação dos poderes, um vez que, no modelo constitucional vigente, um poder tem a função/dever de limitar excessos por parte do outro por meio do sistema denominado “checks and balances”, entendido por freios e contrapesos.

Não é objetivo do presente trabalho o exaurimento do tema, porém busca-se trazer à tona a evolução que o sistema hermenêutico tem atingido mundialmente com a dimensão concretizadora da interpretação, bem como demonstrar a necessidade de aprofundamento do estudo por parte dos órgãos administrativos para evitar decisões incompatíveis com a Constituição Federal na realização de atos administrativos tidos como discricionários, que venham a ser considerados desarrazoados/desproporcionais, e, conseqüentemente, ilegais e sujeitos à interposição de mecanismos judiciais para sua invalidação.

Por ser multidisciplinar, uma vez que adentra em várias disciplinas (ciências) do estudo do direito, dentre elas, podemos citar o direito constitucional, o direito administrativo, o direito processual civil, a hermenêutica jurídica etc, o tema demonstra grande complexidade e, por conseqüência, interesse e repercussão entre os estudiosos do direito.

DIREITO DE AÇÃO COMO MECANISMO DE REINTERPRETAÇÃO DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS

O direito constitucional do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF) é o mecanismo essencial ao cidadão para uma reinterpretação dos textos legais pelo Poder Judiciário na errônea aplicação de um texto normativo com cláusulas abertas, aplicadas de forma desarrazoadas pelo administrador público. O modelo concretizador de interpretação dos enunciados normativos, ainda é pouco utilizado pelas autoridades administrativas, uma vez que no Direito Administrativo, com a intenção de trazer maior segurança aos administrados, vige o princípio da legalidade, o qual estabelece que o administrador público somente poderá agir conforme os preceitos legais a ele estabelecidos.

Por seu turno, os juízes e os tribunais, com o pós-positivismo, possuem grande autonomia para formar sua convicção jurídica a respeito do caso concreto que lhe é apresentado, bastando, somente, que fundamente suas decisões (art. 93, IX, CF/88) para possibilidade de controle de eventuais excessos.

O direito não se limita, tão somente, a regras jurídicas, mas é formado

constitucionalmente por princípios jurídicos abertos, como liberdade, justiça, imparcialidade, igualdade (principalmente material), segurança jurídica, etc., e, assim, a mediação judicial concretizadora desses princípios é uma das mais árduas tarefas do Poder Judiciário.

As leis são produtos da decisão política da maioria democrática, não obstante ser essa afirmação verdadeira, o direito da maioria é limitado à constituição (soberania da constituição), quer quando essa estabeleça regras constitucionais específicas, quer quando as formulações constitucionais se apresentem sob a forma de conceitos vagos (“Standards”)

Assim, por esse motivo, a evolução hermenêutica e seu efeito concretizador tendem a se ramificar mais facilmente nos órgãos judiciais do que nos órgãos administrativos. Dessa feita, na atual conjuntura, o direito de ação é um mecanismo extremamente valioso aos jurisdicionados, para exigir um resultado da interpretação dos enunciados normativos mais próximos à realidade concreta da situação.

Sobre esse debate a respeito da evolução constitucionalista no Brasil e a função que o Poder Judiciário atingiu na busca da justiça constitucional, merece ser recordado os ensinamentos de Lenio Luiz Streck:

A discussão dessas questões, a toda evidência, pressupõe algumas pré-compreensões, a saber: se se está a falar/indagar acerca do papel/função da Jurisdição Constitucional (ou do Poder Judiciário) na realização/efetivação de direitos sociais-fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiro, há uma inefetividade da Constituição, e, segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos na realização/implantação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais-fundamentais assegurados pela Lei Maior, é possível (e necessária) a intervenção da justiça constitucional. A toda evidência, tais questões implicam outras três, que se interpenetram: a) a necessidade de uma redefinição na relação entre os Poderes do Estado; b) a admissão de que a justiça constitucional possa vir a ter um papel intervencionista, e c) um certo grau de dirigismo constitucional. Por outro lado, parece não haver dúvida de que, sustentando essa discussão, está a concepção do Estado Democrático de Direito, que, conforme nos ensina a tradição, assenta-se na democracia e na realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, em face das profundas alterações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) pano-

rama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-1988 assumiu uma postura que Citradino muito apropriadamente denomina de “comunitarismo”, onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também “resgatar a força do Direito”, cometendo à justiça a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição (STRECK, 2003).

Portanto é necessária a intervenção da justiça constitucional na necessidade de uma redefinição na relação entre os Poderes do Estado, na admissão de que a justiça constitucional possa vir a ter um papel intervencionista e um certo grau de dirigismo constitucional.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DO PODER DISCRICIONÁRIO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Grande parte dos atos administrativos possui margem valorativa ao administrador público, os quais são chamados pela doutrina como atos discricionários, dos quais o administrador fará uma análise de conveniência e de oportunidade (mérito administrativo) na sua aplicação, sendo certo que tal análise, se fará no caso concreto, e, assim, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade deve ser observado sob pena de vício que torna o ato ilegal.

Normalmente, os atos tidos como discricionários, trazem conteúdo de conceitos abertos ou indeterminados, e, assim, possibilita exercício interpretativista e margem de opção valorativa ao operador do texto legal.

Lecionando sobre as cláusulas abertas nos textos legais, merecem citação as palavras de Hebert HART, o qual assinala que:

A textura aberta do direito significa que há na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (HART, 1996).

O professor Luis Roberto Barroso, também sobre este tema, preceitua que:

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasti-

cidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fê, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação (BARROSO, 2011).

O tema em questão não se torna tão fácil, quando se passa para análise de casos concretos.

FIM CONCRETIZADOR DO DIREITO E MODERNA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Falar sobre a concretização do direito é o que se pode chamar de “realizar a constituição”, ou seja, tornar juridicamente possíveis e eficazes as normas estabelecidas constitucionalmente, cuja tarefa é dever de todos os órgãos constitucionalmente estabelecidos na Carta Política (legislativo, executivo e judiciário). De nada valeria existirem direitos contido na lei constitucional, se não fossem investigados, procurados e, conseqüentemente, aplicados nos casos concretos.

Não se nega que a atividade interpretativista seja uma tarefa árdua. Porém se afirma que a necessidade de uma interpretação com vistas à situação concreta é o caminho mais acertado ao hermeneuta e com menor probabilidade de equívoco na aplicação de princípios constitucionais, já que, em qualquer caso, uma norma jurídica que era potencialmente normativa (abstrata), adquire normatividade imediata (concreta) através do processo concretizador de sua aplicação ao caso concreto, o que a doutrina denomina de “norma decisão”. Em outras palavras, podemos utilizar-nos dos ensinamentos de Hans Kelsen (KELSEN, 1934, in: MARINONI, 2010), que sustenta que o juiz ao aplicar norma geral ao caso concreto por meio de uma sentença, na verdade, cria uma “norma individual” ao caso concreto, totalmente desvinculada da abstrata. Criação tal que, no nosso entender, é extensível, também, ao Poder Executivo, o qual, através de um ato administrativo individual e concreto, estaria criando uma verdadeira “norma individual”.

A moderna hermenêutica jurídica exige que o direito esteja mais pró-

ximo da realidade social em razão de seu fim concretizador, por serem os textos legais reflexos dos anseios sociais, não poderiam ser utilizados como justificativa para impedir aplicação de uma decisão justa e razoável, pois se estaria diante de uma verdadeira contradição.

Comentando acerca desse aspecto evolutivo da hermenêutica e enunciados normativos retratarem os anseios sociais, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira recorda que:

Os textos (normativos) são em si fenômenos. A compreensão do fenômeno textual sempre remete a uma situação de vida concreta. A norma jurídica é a compreensão ficta do fenômeno real. Nem sempre estamos diante de um fenômeno concreto para compreendê-lo. A percepção do fenômeno jurídico permite a revisão referente ao afastamento necessário do formalismo e a aproximação da “realidade fenomênica do conflito na vida real” importando na interpretação e busca de soluções materiais adequadas (FERREIRA, 2011).

Assim, o hermeneuta, na interpretação jurídica, deve rememorar que os textos legislativos são direcionados a um fato concreto, o qual deve ser analisado detidamente e racionalmente pelo julgador. Por ser o direito um fenômeno concretizador, faz-se necessário que a interpretação jurídica se dê à luz dos fins práticos e da função social do direito incumbido de ser o instrumento da pacificação social naquele caso concreto, o que, sendo assim, a normatividade incutida nos textos normativos, ou seja, os valores sociais e o núcleo de proteção da norma devem ser as primeiras premissas a ser observadas no fenômeno interpretativista.

Destarte, a realidade social e os valores sociais protegidos pela norma, devem ser primados durante a interpretação jurídica. Já não é mais concebível que os operadores do direito, dentre eles o juiz, esteja vinculado, tão somente, ao sistema metodológico de aplicação do direito na forma de subsunção do geral para o particular (enquadramento do fato à lei), uma vez que a lei escrita não preenche sua função de resolver com justiça a problemática jurídica, e muitas atrocidades já foram praticadas contra a sociedade sob o argumento de se estar aplicando a lei.

Todavia, não se nega que o poder político democrático venha a ser o valor fundamental da constituição, e, assim, a fiscalização dos atos do legislativo pelo judicial deve se dar como um mecanismo excepcional, o que, também, deve ocorrer com as decisões dos órgãos politicamente responsáveis pela aplicação dos textos legislativos.

Dessa feita, o controle judicial será legítimo “quanto o texto, o elemento genético da interpretação (“vontade dos pais fundadores”), e a delimitação

constitucional de competência permitam deduzir uma “regra” clara que sirva de parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade”. (CANOTILHO, 2002)

A PONDERAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE COLISÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Uma situação bastante conveniente para exemplificar a evolução da interpretação jurídica dos enunciados normativos é quando observamos o art. 132, inc. II, da Lei n. 8.112/98 (Estatuto do Servidor Público Federal), o qual constitui a hipótese de penalidade administrativa de demissão no caso de abandono de cargo. Por seu turno, o art. 138, estabelece que configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de 30 dias consecutivos.

Assim, aplicando-se a clássica regra da subsunção - partindo do geral para o caso concreto - chegar-se-ia a uma conclusão de que, considerando o disposto no comando legislativo (art. 132, II e art. 138 da Lei n. 8.112/90), e o fato de um servidor ter ficado ausente do serviço por 42 dias, esse deveria ser penalizado com a demissão.

Uma das características do pós-positivismo é o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção com as regras. As regras são comandos que descrevem condutas específicas, enquanto os princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele).

Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras, e, entre eles, pode haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, os princípios não se excluem, e essa “colisão” é resolvida por meio da ponderação. Sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Sobre o tema ponderação de princípios, merece a transcrição dos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o tema:

Em muitas propostas metodológicas e ponderação é apenas um elemento do procedimento da interpretação/aplicação de normas conducente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão. Aqui o balancing process vai recortar-se em termos autônomos para dar relevo à ideia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponde-

ração visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa, para o conflito de bens (CANOTILHO, 2002).

Como se denota, a regra da subsunção não é suficiente para resolver conflitos de princípios constitucionais. Nesse sentido, merece transcrição a lição de Luis Roberto Barroso:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade (BARROSO, 2011). (grifo nosso)

Assim, na aplicação de princípios, o Poder Judiciário tem um papel de suma importância perante a Constituição, a fim de evitar eventuais falhas interpretativas de aplicação do direito ao caso concreto sob o argumento de estar-se aplicando a regra da subsunção, o que, para muitos, seria obediência ao Princípio da Legalidade, o que pode importar em decisões desarrazoadas que devem ser sanadas por meio judicial em aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

Não obstante, no caso acima exemplificado do servidor que ficou ausente do serviço por 42 dias, o julgador deve valorar e ponderar os princípios constitucionais em aparente “colisão”. De um lado, temos o princípio da eficiência na Administração Pública e, de outro, temos o princípio da dignidade da pessoa humana. Não obstante, com fulcro no princípio da razoabilidade/proporcionalidade, vem o art. 128 do Estatuto do Servidor Público Federal estabelecer que “na aplicação das penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”.

Sendo assim, digamos que tal servidor conte com mais de 35 anos de

serviços prestados à Administração Pública, ou seja, já esteja em condições de se aposentar ou próximo a esse evento, não tenha sido condenado anteriormente pela prática de infração administrativa e não tenha havido prejuízo considerável para a Administração com sua ausência, o julgador, seja ele administrativo ou judicial, deve analisar se, naquele caso concreto, seria proporcional, razoável condená-lo a uma pena de demissão.

Para alguns, caso a autoridade administrativa viesse a entender cabível a pena de demissão nesse exemplo, estaríamos diante do Poder Discricionário da Administração Pública, uma vez que estaríamos diante de uma margem de valoração por parte do administrador público, o que, por consequência, não seria passível de revisão pelo Poder Judiciário. Contudo atos que poderiam ser tidos como discricionários para Administração Pública não podem, sob esse pretexto, ser desproporcionais entre a causa e os efeitos repercutidos com sua prática sob pena de ferir a legalidade do ato (finalidade).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, ao atingir o grau evolutivo de aperfeiçoamento no qual se encontra, tem o dever de interpretar os enunciados normativos sob a ótica concretizadora do direito. O modelo de subsunção, após o neopositivismo, não é mais suficiente diante das necessidades dos ditames evolutivos da sociedade, e o direito, como fenômeno social, deve acompanhar tais evoluções para desempenhar seu papel perante a sociedade.

Nesse diapasão, a Administração Pública deve se pautar por respeito aos princípios constitucionais, seja ele implícito, seja explícito, vinculado ou com margem discricionária (conveniência e oportunidade) sobretudo o da razoabilidade-proporcionalidade, sob pena de surgimento do direito subjetivo do prejudicado pelo ato administrativo vir a buscar a tutela jurisdicional por meio do direito de ação, para reconhecer sua ilegalidade.

Tal intervenção do judiciário não fere o princípio da separação dos poderes, uma vez que atua segundo o sistema “checks and balances”, em que um poder deve atuar para evitar excessos por parte do outro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>.

Acesso em: 21 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, J. S. dos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FERREIRA, J. S. A. B. N. **As metodologias jurídicas e ensinabilidade do direito processual civil**. Trabalho apresentado no Congresso do IBDPC, Curitiba, 04 fev. 2011.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, H. Reine rechtslehre - einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik, 1934. In: MARINONI, L. G. **Coisa Julgada Inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAFFINI, R. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARINONI, L. G. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, a. 8, v. 31, p. 142-162, jan./mar. 2004.

SILVA, K. S. A. da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

STRECK, L. L. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais - sociais no Brasil. In: **A constitucionalização do direito**: a constituição como locus da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

THE PROLIFIC HERMENEUTICS AND THE RIGHT OF ACTION AS

A GUARANTEE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN ADMINISTRATIVE ACTS

ABSTRACT: This paper aims to examine the power of right action as instrument to ensure the application of the principle of proportionality, reasonableness of clauses in normative texts opened next to the administrative acts.

KEYWORDS: Right action. Legal hermeneutics. The principle of proportionality. Open clauses.

LA HERMENÉUTICA CONCRETIZADORA Y EL DERECHO DE ACCIÓN COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo examinar el poder del derecho de acción como instrumento eficaz para garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad-razonabilidad en textos normativos de cláusulas abiertas junto a los actos administrativos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acción. Hermenéutica jurídica. Principio de proporcionalidad. Cláusulas abiertas.